بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة أم القرى

مكة المكرمة

١٠١٤٥٢- ٢

مذكرة فقه المقارن

جمع من محاضرات الدكتور:

خالد أحمد سليمان شبكة

جمع وطباعة:

الطالب: مأمون وسيم ألطاف أحمد

١٤٣٤ هـ

أخي العزيز: لا تعتمد على هذه المذكرة؛ لأنها غير معتمدة من فضيلة الدكتور، وبالتالي يجب عليك أن تقارن بينها وبين المذكرة المعتمدة وهي مذكرة الدكتور سعيد درويش الزهراني.

ورقمها في مآب: ٣٠١

أما المقرر المطلوب منها فهو كالآتي:

من ص ١ إلى ص ١١

من ص ٣٦ إلى ص ٤٢

من ص ٤٥ إلى ص ٥٢

من ص ٥٤ إلى ص ٥٦

من ص ٨٤ إلى ص ٨٨

من ص ٩١ إلى ص ٩٢

من ص ٩٤ إلى ص ٩٥

أما هذه المذكرة فهي معتمدة إلى ص ٩

الطلاق

تعريف الطلاق: لغة: حل القيد والإطلاق.

شرعًا: حل العصمة بين الزوجين بلفظ الطلاق أو نحوه.

أدلة على مشروعية الطلاق:

الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾.

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ﴾.

أما السنة: فما رواه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: ((أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق)).

فالطلاق حلال ولكنه أمر غير محبب للشرع.

وأيضا ما روى أن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما: طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر رسول الله ﷺ عن ذلك، فقال له النبي ﷺ: ((مُرْهُ فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)).

وأما الإجماع: فقد أجمع علماء الأمة على أن الطلاق مشروع، ولم يخالف في مشروعيته أحد من العلماء.

الشروط التي يجب توافرها فيمن يوقع الطلاق:

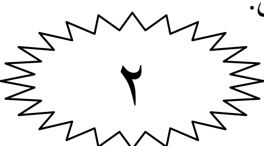
١/ التكليف: بأن يكون الزوج بالغا عاقلا.

- فلا يقع الطلاق من الزوج إذا كان صبيا ولو كان مميزا ـ كما يرى الجمهور ـ لأنه لا يدرك المصلحة والمنفعة.
- ولا يقع الطلاق من الزوج إذا كان مجنونا أو معتوها؛ لعدم إدراكهما.
- كما لا يقع الطلاق من الزوج إذا كان نائمًا.

والدليل من السنة على عدم وقوع الطلاق من هؤلاء:

قوله ﷺ: ((رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق))، فهؤلاء تصرفاتهم لا تصح؛ لأنهم غير مكلفين.

- لا يقع الطلاق من الزوج إذا كان مغمى عليه؛ لأنه سيأخذ حكم المجنون.



❖ لا يقع الطلاق من الزوج إذا كان تحت تأثير مخدر للعلاج كالبنج ونحوه مما يؤثر على العقل فيزيله.

ومن الأمور التي تؤثر على العقل أيضا: السُّكر والغضب، فما حكم طلاق السكران والغضبان:

❖ حكم طلاق السكران:

السكران: هو من تناول مادة مخدرة أو مُسْكِرَة حتى وصل إلى درجة الهذيان وخلط الكلام، ولا يعي بعد إفاقته ما كان منه حال سُكْرِه.

أ/ فإذا كان تناوله للمادة المُسكِرة ضرورة كدفع الغُصَّة فلا يقع طلاقه.

ب/ وكذا إذا تناول مادة مُسكرة وهو لا يعلم أنها مُسكِرة فلا يقع طلاقه.

ج/ وأما إذا تناول مادة مُسكرة عامدًا عالمًا بأنها تذهب العقل وطلق امرأته، ففي المسألة قولان:

القول الأول: يقع طلاق السكران العالم العامد عند جمهور الفقهاء.

واحتجوا: بأن سُكرُه معصية، وقد ارتكبها من غير حاجة ولا ضرورة.

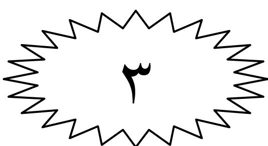
القول الثاني: وهو رواية عند كل من الشافعية والحنابلة: أن طلاق السكران لا يقع؛ لأن الطلاق لا يصدر إلا من قصد، والسكران لا قصد له، ولا طلاق من غير قصد، فطلاق السكران لا يقع لأنه لم يقصد.

الراجح: ما ذهب إليه الجمهور؛ فالسكران يؤاخذ على تصرفاته كنوع من تغليظ العقوبة مع إقامة حد الشرب عليه؛ وذلك زجرًا له ولأمثاله الذين يستهينون بحدود الله وينتهكون حرماته من المدمنين وغيرهم.

❖ حكم طلاق الغضبان:

أ/ إذا غضب الزوج غضبا شديدًا بحيث أغلق عليه عقله وأصبح لا يعي ما يقول أو يفعل ويتصرف بتصرفات غير لائقة فلا يقع طلاقه؛ لقوله ﷺ: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق».

ب/ أما إذا كان الزوج في حالة غضب خفيف لا يغلق العقل ولا يُوجِب خللا في التصرفات فإن طلاقه يقع ولا يعتد بغضبه؛ لأنه أوقع الطلاق واعيا مدركًا.



٢/ الاختيار: يشترط في الزوج المطلق أن يكون الزوج مختارًا، فلو كان مكرهًا فهل يقع طلاقه أم لا؟
واختلف الفقهاء في طلاق الـمُكْرَه على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن طلاق الـمُكْرَه لا يقع ولا يعتد به بشرط أن يكون الإكراه بغير حق، فلو أُكره على الطلاق بحق كما في الإيلاء فطلاقه يقع، إذا أكرهه الحاكم عليه عندما يولي من زوجته ولم يرجع إليها بعد أربعة أشهر.

ولا يتحقق الإكراه الذي لا يقع معه الطلاق إلا إذا توافرت الشروط الآتية:

أ/ أن يكون الـمُكْرِه قادرًا على فعل ما هدد به.

ب/ أن يكون الفعل الـمُهَدَّد به فيه ضرر وخطورة كبيرة، كالقتل والقطع.

ج/ أن لا يستطيع المكرَه دفع الإكراه عن نفسه.

فإذا توفرت جميع الشروط فلا يقع طلاق الـمُكرَه، وإن اختل أي شرط منها وقع طلاقه.

أدلة أصحاب هذا القول:

أ/ قول النبي ﷺ: «إنَّ اللّه تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وجه الدلالة أن الإنسان لا يؤاخذ على الإكراه.

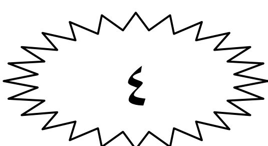
ب/ لأنه قولٌ حمل عليه بغير حق فلا يصح، قياسًا على المسلم إذا أُكْرِهَ على كلمة الكفر.

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أن المُكْرَه يقع طلاقه، سواء كان مُكْرهًا بحق أو بغير حق.

أدلتهم:

أ/ قياس طلاق المُكره على طلاق الهازل، بجامع أن كلا منهما نطق بلفظ الطلاق وهو غير راض بحكمه فكلاهما مختار في التكلم اختيارًا كاملا.

ب/ أن الإكراه يسلب الرضا ولا يسلب الاختيار، فالمكره مخير بين أمرين: إما طلاق زوجته، وإما وقوع الضرر والأذى به، فإذا طلق زوجته فقد اختار أهون الأمرين عليه وهو غير راض به، فيقع طلاقه لوجود الاختيار.



الراجح: يبدو لي رجحان ما ذهب إليه الجمهور من عدم وقوع طلاق المكره لقوة أدلتهم، وكيف يقال بوقوعه، والله تعالى عفا عن المكره على النطق بكلمة الكفر فلا يعتبر مرتدًا، كما في قوله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ ﴾.

٣/ القصد: وهو أن يقصد الشخص بلفظ الطلاق المعنى المراد منه، وعندئذ يقع الطلاق.

أما إذا تلفظ بالطلاق ولم يقصد المعنى المراد منه فهل يقع الطلاق أو لا؟

وهذا يتمثل في الهازل والمخطئ، والهازل: هو الذي يقصد اللفظ دون معناه، أي: يتلفظ بالطلاق ولا يريد وقوعه، وقد اختلف العلماء في طلاقه على قولين:

القول الأول: ذهب الجمهور إلى أن طلاق الهازل يقع، وأدلتهم:

أ/ قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗا﴾، وجه الدلالة: أن الطلاق في الإنهاء للعلاقة الزوجية التي يستحيل أو يصعب استمرارها بين الزوجين، فلو استعمل لغير هذا كان نوعا من الاستهزاء بالأحكام الشرعية، فيقع طلاق الهازل؛ لأنه مستهزئ بأحكام الشرع المنهي عن الاستهزاء بها.

ب/ قول النبي ﷺ: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة».

وجه الدلالة: فالحديث صريح في أن الهازل يقع طلاقه، سواء كان يقصد المعنى أو لا يقصده.

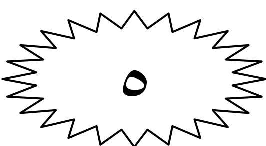
ج/ الهازل أتى بالسبب ـ وهو لفظ الطلاق ـ وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد.

القول الثاني: ذهب بعض المالكية إلى أنَّ طلاق الهازل لا يقع، ودليلهم:

حديث: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى».

وجه الدلالة: أن الهازل لا نية له في الطلاق، فلا يقع.

الراجح: ما ذهب إليه الجمهور، من القول بوقوع طلاق الهازل زجرًا له عن اللعب بأحكام الشريعة.



وأما المخطئ وهو الذي لا يقصد اللفظ ولا المعنى، بل يتلفظ بكلمة فيسبق لسانه إلى كلمة الطلاق دون قصد التلفظ بها ، فلا يقع طلاقه؛ لأنه مخطئ ولم يتعمد ولا قصد له.

مثال: أراد أن يُخبر عن زوجته بأنها طالبة ، فسبق لسانه وقال: زوجتي طالقـــة.

أقسام الطلاق: ينقسم الطلاق إلى عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة.

١/ ينقسم من حيث جهة اللفظ المستعمل في الطلاق إلى: صريح، وكناية.

والطلاق الصريح: ما كان بلفظ يدل على وقوع الفرقة بين الزوجين صراحة ، دون حاجة إلى قرينة ولا إلى نية.

وأما الكناية: فهو ما كان بلفظ يحتمل وقوع الفرقة بين الزوجين وعدم وقوعها ، ويحتاج إما إلى قرينة وإما إلى نية.

٢/ ينقسم من حيث وصفه الشرعي إلى: طلاق سني، وطلاق بدعي.

طلاق سني: أي الموافق للسنة وهو الذي يقع على وجه أمر به الشرع، بأن يطلقها طلقة واحدة في طُهر لم يُجامعها فيه.

طلاق بدعي: أي لا يوافق ما رسمه الشرع فهو أمر مبتدع كأن يطلق زوجته المدخول بها أكثر من طلقة في آن واحد ، أو في حيضتها ، أو في طهر جامعها فيه.

وإنما كان الطلاق في هذه الحالات بدعيا؛ لأن طلاق المرأة في الحيض يطول العدة عليها ، وطلاقها في طهرها جامعها فيه لا يأمن الرجل أن تكون قد حملت فيندم، والطلاق أكثر من مرة في طهر واحد تجاوز للحاجة التي تندفع بالواحدة.

والطلاق البدعي يقع عند جمهور الفقهاء مع الإثم، ولا يقع عند شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ولكن فاعله قد ارتكب معصية.

٣/ ينقسم من حيث وقت وقوعه إلى: طلاق مُنَجَّز، وطلاق مُعَلَّق، وطلاق مُضَاف، وسيأتي الحديث عنها فيما بعد إن شاء الله.

٤/ ينقسم الطلاق من حيث الأثر المترتب عليه إلى: طلاق رجعي، وطلاق بائن، والبائن إما أن يكون: بينونة صغرى أو بينونة كبرى.

والطلاق الرجعي: وهو الذي يملك فيه الزوج المُطَلِّق إعادة زوجته المُطَلَّقَة إلى عصمته أثناء العدة من غير عقد ولا مهر ولا رضا الزوجة، بلفظ راجعتُكِ أو بالفعل.

وأما الطلاق البائن: فينقسم إلى قسمين:

- بائن بينونة صغرى: وهو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج المُطَلِّق إعادة الزوجة إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين بإذنها ورضاها، وذلك في حالات: المطلقة إذا انتهت عدتها من الطلقة الأولى أو الثانية، والمطلقة قبل الدخول بها، والمطلقة في مقابلة عوض من جهة الزوجة، والمطلقة من قبل القاضي لعيب في الزوج أو للشقاق أو الضرر من حبس الزوج أو غيبته.
- بائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي لا يستطيع المطلق بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجًا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها ثم تنقضي عدتها منه.

  ويتمثل هذا في المرأة التي طُلِّقت ثلاثًا، بأن طلقها زوجها ثم راجعها، ثم طلقها مرة ثانية ثم راجعها، ثم طلقها مرة ثالثة، فلا يمكنه أن يراجعها حينئذ حتى تنكح زوجًا غيره.

  ويأتي الخلاف فيمن طلقها ثلاثا دُفعة واحدة.

الطلاق المعلق

ينقسم الطلاق من حيث وقت وقوعه إلى: مُنَجَّز، ومضاف، ومعلَّق.

أولا- الطلاق المنجز:

تعريفه: هو ما قصد به إيقاع الطلاق فور النطق به.

مثاله: قول الرجل لزوجته أنتِ طالق، أو اذهبي فقد طلقتك.

حكمه: يقع الطلاق في الحال وتترتب عليه آثاره متى كان الزوج أهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محلا لوقوعه.

ثانيا- الطلاق المضاف:

تعريفه: هو ما أضيف حصوله إلى وقت في المستقبل.

مثاله: قول الرجل لزوجته أنتِ طالقٌ غدًا، أو أنتِ طالق أول السنة القادمة.

حكمه: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، ويرون أن الطلاق المضاف يقع على منْ تَلَفظ به وتترتب عليه آثاره عند مجيء أول جزء من أجزاء الزمن الذي أضيف إليه.

فلو قال لزوجته: أنتِ طالق غدًا، يقع الطلاق بطلوع فجر هذا اليوم، وقوله: أنتِ طالق أول الشهر القادم، يقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى من هذا الشهر وهو حين تغرب الشمس من آخر يوم في الشهر الذي نحن فيه.

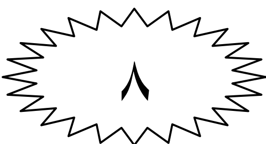
القول الثاني: وهو للمالكية ويرون أن الطلاق المضاف يقع منجزًا؛ لأن تأجيل الطلاق إلى هذا الوقت يجعل حِلْيَة الزوجة مؤقتة فيكون شبيهًا بنكاح المتعة.

فلو قال لزوجته: أنتِ طالق أول العام القادم، فيقع الطلاق منجزًا.

ثالثا- الطلاق المعلق:

تعريفه: هو ما توقف وجوده على حصول أمر آخر ممكن الوجود في المستقبل، بأداة من أدوات الشرط نحو: إنْ، إذا، لو.

والتعليق إما أن يكون لفظيا، أو معنويًا.



والتعليق اللفظي: هو الذي تُذْكَرُ فيه أداة من أدوات الشرط صراحة.

مثاله: إنْ دخلتِ دار فلان فأنتِ طالق، إذا سافرتِ بلدك فأنتِ طالق، متى كَلَّمتِ فلانًا فأنتِ طالق.

هذه الصيغ تضمنت أداة الشرط وفعله وجوابه.

أما التعليق المعنوي: فهو الذي لا تُذْكَرُ فيه أداة من أدوات الشرط صراحة، بل تكون موجودة من حيث المعنى.

مثاله: عليَّ الطلاق لأفعلنَّ كذا، عليَّ الطلاق لأفعل كذا.

فهذه الصيغة داخلة في الطلاق المعلق؛ لأنها تتضمن شرطًا، فإذا حصل هذا الشرط وقع الطلاق، ولكن الشرط هنا معنوي وليس صريحا.

ويسمى التعليق المعنوي: يمين الطلاق.

حكمه: اختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الطلاق المعلق يقع عند حصول الشرط المعلق عليه.

فلو قال لزوجته: إن رسبتِ فأنتِ طالق، إذا حصل الشرط وهو الرسوب ترتب الجواب وهو الطلاق.

القول الثاني: ذهب الظاهرية إلى أن الطلاق المعلق لغو لا يعتد به، فلا يقع في الحال ولا في المآل.

القول الثالث: ذهب ابن تيمية وابن القيم إلى التفريق بين التعليق الشرطي الذي يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط وهذا يقع به الطلاق إذا حصل الشرط، وبين التعليق القَسَمي: أي الذي يكون على وجه اليمين، وهذا لا يقع به الطلاق بل عليه كفارة يمين إن حنث في يمينه.

حكم طلاق الثلاث بكلمة واحدة:

اختلف الفقهاء فيمن أوقع الطلاق ثلاثا هل يقع أو لا على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور فقهاء الأمصار والأئمة الأربعة إلى أن الطلاق بلفظ الثلاث، حكمه حكم الطلْقة الثالثة، بمعنى أنه يقع ثلاثا.

القول الثاني: ذهب بعض الفقهاء إلى أن طلاق الثلاث بلفظ واحد حكمه حكم الطلقة الواحدة، وهي رواية عند الحنابلة، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وإليه ذهب أكثر أهل الظاهر، وهو مروي عن طاوس، ومحمد بن إسحاق، والحجاج بن أرطأة، ومنقول عن بعض السلف من صحابة رسول الله ﷺ واختاره من المعاصرين: الشيخ عبدالعزيز بن باز مفتي عام المملكة العربية السعودية سابقًا ومحمد بن ناصر الألباني.

روي عن محمد بن إسحاق والحجاج بن أرطأة: أن طلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع، ولا شيءَ فيه.

سبب الخلاف:

هل الحكم الذي جعله الشرع للطلقة الثالثة من البينونة يقع بإلزام المكلف نفسه كالنذر أم لا يقع إلا بإلزام الشرع كالبيع؟

إذا كان الطلاق من الأفعال التي تقع بإلزام المكلف نفسه فتقع البينونة الكبرى، كما أنه يُلزم نفسه شيئا بالنذر لم يُلزمه الشرع فكذلك الطلاق فهو أَلْزَم نفسه شيئا لم يُلزمه الشرع.

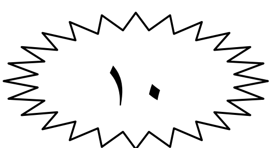
أما إذا كان الطلاق من الأفعال التي تقع بإلزام الشرع، فلا يقع إلا عند توفر الشروط المشروعة، كشروط صحة البيع.

أدلة الفريقين:

أدلة الجمهور أصحاب القول الأول:

١/ قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾، وجه الدلالة: كما يجوز تتابع الطلاق مرتين فإنه يجوز تتابعه ثلاث مرات.

٢/ قول الله تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾وجه الدلالة: المطلق ثلاثا قد يحصل له ندم فلا يمكنه تداركه لوقوع البينونة، فلو كانت الثلاث لا تقع، لم يقع طلاقه هذا إلا رجعيا فلا يندم، ولكن الثلاث تقع فالطلاق وقع بائنا فحصل الندم أما لو اتبع الشرط فلا يقع الندم.



٣/ قول اللّه تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ وجه الدلالة: أي مَنْ طلّق امرأته ثلاثا فلا تحل له من بعد الطلقة الثالثة حتى تنكح المرأة زوجًا غيره، والآية لم تُفرِّق بين من يُطلِّق الثلاث دفعة واحدة ومن يطلق ثلاث متفرقات.

٤/ الآيات الواردة في أحكام الطلاق لم تفرِّق بين جمع طلاق الثلاث بلفظ واحد وبين من طلّق ثلاثا متفرقا.

٥/ ما أخرجه البخاري في صحيحه أن عويمر العجلاني لَمَّا لاعن امرأته، قال: كذبت عليها يا رسول اللّه إن أمسكتها، فطلَّقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول اللّه ﷺ.

٦/ عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: طلَّق بعض آبائي امرأته أَلْفًا، فذهب بنو إلى رسول اللّه ﷺ، فقالوا: يا رسول اللّه إنا أبانا طلَّقَ أمَّنا ألفًا فهل له مَخْرَج؟ فقال ﷺ: «إن أباكم لم يتق اللّه ليجعل له من أمره مخرجًا، بانت منه بثلاثٍ على غير السنة، وتسع مئة وسبعة وتسعون إثمًا في عنقه».

٧/ عن محمود بن لبيد: أُخبر رسول اللّه ﷺ عن رجل طَلَّقَ امرأته ثلاث تطليقات جميعًا، فغضبَ ثم قال: «أَيُلعبُ بكتاب اللّه وأنا بين أظهركم» حتى قام رجل فقال: يا رسول اللّه ألا أقتله.

٨/ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قلت: يا رسول اللّه أرأيتُ لو طلقتُها ثلاثًا، فقال ﷺ: «إذًا عَصَيْتَ رَبَّك وبانت منك امرأتك».

٩/ عن مجاهد قال: جلست عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلَّقَ امرأته ثلاثًا، فسكت ابن عباس حتى ظننتُ أنه رادُّها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الأُحْمُوقَة ثم يقول: يا ابن عباس، يا ابن عباس، وإن اللّه تعالى قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مَخۡرَجٗا﴾ وإنَّكَ لَمْ تتق اللّه فلم أجد لك مخرجًا، عصيتَ ربك فبانت منك امرأتك.

١٠/ إجماع الصحابة رضي الله عنهم على أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثا، لأن طلاق الثلاث على عهد رسول اللّه ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر تحسب طلقة واحدة، ثم بعد سنتين من خلافة عمر أمضاه عليهم ثلاثًا وكان هذا بحضور صحابة رسول اللّه ﷺ، ولم ينكر ذلك أحد منهم، فدلَّ ذلك على الإجماع.

أدلة أصحاب القول الثاني: القائلين بأن الطلاق بلفظ الثلاث يقع طلقة واحدة

١/ ظاهر قول الله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾، وجه الدلالة: الطلاق ليس دفعة واحدة وإنما هو مرة بعد مرة، ثم بعد الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، والمُطلِّق ثلاثًا بلفظ واحد لا يُطْلَقُ عليه أنَّه طلَّق زوجَتَهُ ثلاث مرات، وإنما طلقها مرة واحدة بلفظ الثلاث، فلا يقع طلاقه إلا واحدة.

٢/ ما روي عن محمد بن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: طَلَّقَ أبو ركانة أم ركانة، وقال له رسول الله ﷺ: «راجع امرأتك» فقال: إني طلقتها ثلاثًا، فقال: «قد علمتُ، راجعها»، وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمره أن يراجع زوجته بعد ما أخبره أنه طلَّقها ثلاثًا، مما يدل على أن طلاق الثلاث يكون رجعيا واحدًا لا بائنًا.

٣/ ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إنَّ الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم، وجه الدلالة: أن الثلاث كانت واحدة على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر.

٤/ الإجماع على أن الثلاث لا تقع إلا واحدة في زمن النبوة وفي خلافة أبي بكر وسنتين من خلافة عمر.

٥/ أن الشارع قد نهى عن طلاق الثلاث بلفظ واحد، والنهي يقتضي فساد طلاق الثلاث بلفظ واحد، فلا تقع إلا طلقة واحدة.

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

١/ استدلالكم بقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾: على أنه كما يجوز جمع الطلقتين يجوز جمع الثلاث، هذا قياس مع الفارق لعدم التساوي بين الطلقتين والثلاث، فالذي يطلق زوجته طلقتين فطلاقه رجعي، أما الذي يطلق ثلاثًا فطلاقه بائن بينونة كبرى.

واستدلالكم بالآية على جواز التتابع في الطلاق، غير صحيح لأن ظاهر الآية دليل على عدم التتابع، لأن الطلاق المشروع لا يكون دُفعة واحدة، إنما يكون على الترتيب المذكور في الآية فقوله:

﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ يفيد أنه يطلقها مرة ثم يراجعها، ثم يطلقها مرة ثم يراجعها، فإن طلقها الثالثة ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾، فالذي يطلِّق ثلاثا دفعة واحدة لا يصدق عليه أن طَلَّق ثلاث مرات.

٢/ استدلالكم ببعض الآيات التي فيها عموم أو إطلاق، فإنها مخصصة أو مقيدة بأدلتنا.

٣/ استدلالكم بحديث عويمر العجلاني: أن النبي ﷺ لم ينكر عليه هذا، نوقش بأن الاستدلال به غير لازم لأن الفرقة لم تقع بالطلاق، إنما وقعت باللعان، واللعان فرقة أبدية كمن يطلق زوجته بعد انفساخ النكاح بسبب الرضاع، والشرع منع إيقاع طلاق الثلاث لأجل الندم على تفويت الرجعة والضرر الذي يلحق بالولد والزوجة، أما الملاعن فإنه لا يندم، ولذلك لم ينكر عليه النبي ﷺ فعلُه.

٤/ استدلالكم بحديث عبادة بن الصامت، نوقش بمناقشتين:

أ- إن الحديث الذي استدللتم به حديث ضعيف، لا يصح الاحتجاج.

ب- وإنْ سلمنا لكم بصحته فإننا لو نظرنا إلى الواقعة نجد أنها تناقض العقل فإن والده قد توفي قبل بعثة النبي ﷺ شيخًا كبيرًا، فلا يتصور أن يلتقي أحد أجداده بالنبي ﷺ.

٥/ استدلالكم بحديث محمود بن لبيد: على أن غضب النبي ﷺ يدل وقوع طلاق الثلاث، نوقش بأن محمود بن لبيد وُلد في عهد النبي ﷺ ولم يثبت له سماع من النبي ﷺ، فكيف يستدل به! وإن كان قد ثبتت له الصحبة لرؤيته للنبي ﷺ، وعلى فرض أنه سمع وأن حديثه صحيح فالحديث ليس دليلا على وقوع الطلاق، وإنما فقط دليل على أن النبي ﷺ غضب من هذا الفعل، وغضبه يدل على أن هذا الفعل غير جائز، فلا يقع الطلاق أبدًا أو يقع طلقة واحدة، لأنه لو طلقها طلقة واحدة لما غضب النبي ﷺ.

٦/ استدلالكم بفتوى ابن عباس: بأن طلاق الثلاث يقع ثلاثًا، نوقش بأن هناك رواية أصح من الرواية المذكورة وهي: روي عن ابن عباس: أنه جاءه رجل وقال: أما علِمت يا ابن عباس أن الرجل كان إذا طلَّق امرأته ثلاثًا قبل أن يدخل بها، جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وخلافة أبي بكر وصدر إمارة عمر؟ فقال ابن عباس: بلى كان الرجل إذا طلَّق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وخلافة أبي بكر وصدر إمارة عمر، فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها، قال: أجيزهن عليهم.

وجه الدلالة: ففتوى ابن عباس لم تكن الحالة التي بعد الدخول، وإنما كانت عن طلاق الثلاث قبل الدخول، وطلاق الثلاث قبل الدخول يقع واحدة ولا يقع ثلاثًا للبينونة، وكل الفريقين يقر بذلك، فاستدلالكم خارج عن محل النزاع.

٧/ استدلالكم بوقوع الإجماع في خلافة عمر على أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثا ، نوقش بالإجماع الذي كان في عصر النبوة وخلافة أبي بكر وسنتين من خلافة عمر بأن طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة.

مناقشة أدلة أصحاب القول الثاني:

١/ استدلالكم بحديث محمد بن إسحاق، نوقش بأربع مناقشات:

أ- إن محمد بن إسحاق وعكرمة مُختَلف فيهما في روايتهما ، فأجيب: بأن هناك أحاديث أنتم - يا أصحاب القول الأول - استدللتم بها وهي بهذا الإسناد ، مثل حديث: «أن النبي ﷺ ردَّ على أبي العاص بن الربيع، زينب ابنته بالنكاح الأول» فكيف تستدلون أنتم بهذا الإسناد وتنكرون علينا عندما نستدل به!

ب- راوي الحديث هو ابن عباس، وقد عرفنا فتواه أن طلاق الثلاث يقع ثلاثا ، فكيف يروي حديثًا عن النبي ﷺ بأن طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة، ويفتي بخلاف ما رواه عن النبي ﷺ ،
فأجيب: إذا كان ابن عباس قد أفتى بأن طلاق الثلاث يقع ثلاثًا إلا أنه روى أن طلاق الثلاث يقع واحدة ، فهناك تعارض بين الرواية والفتوى، وإذا تعارضت فتوى الراوي مع روايته فتقدم الرواية وليست الفتوى.

ج- الرواية الصحيحة: أن أبا ركانة طلّق امرأته البَتَّة، يحتمل طلقة واحدة ويحتمل ثلاث تطليقات، فالراوي الذي روى الحديث لَمَّا سمع كلمة البتة فسرها وفهم منها أنه طلقها ثلاثا ، وقال: أن أبا ركانة طلّق زوجته ثلاثًا ، وأمره النبي ﷺ بمراجعتها ، فهذا وهم من الراوي؛ لأن أبا ركانة طلق امرأته طلقة واحدة ولذلك أمره النبي ﷺ بمراجعتها ، هذا فالحديث لا يصلح أن يكون دليلا لأنه في الطلقة الواحدة والخلاف في طلاق الثلاث بلفظ واحد.

د- مذهبكم مذهب شاذ لم يقل به أحد ، أجيب بأنه غير شاذ ، لأنه لو كان شاذًّا لما كان قال به بعض الصحابة ، فقد قال به من الصحابة: علي، وابن مسعود ، وعبدالرحمن بن عوف، والزبير ، ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمرو بن دينار ، فكيف يكون شاذًّا بعدما نقل عن هؤلاء!

٢/ استدلالكم بحديث ابن عباس: نوقش بأربع مناقشات:

أ- بأن الحكم كان كذلك ثم نسخ ذلك الحكم في عصر النبي ﷺ، وأصبح طلاق الثلاث ثلاثًا، فأجيب: بأن ظاهر الحديث لا يدل على ذلك فكيف يتصور بأنه نسخ في عهد النبي ﷺ ومع ذلك عُمِل به في خلافة أبي بكر وصدر إمارة عمر، فقولكم بالنسخ غير صحيح.

ب- هذا الحديث روى عنه من أصحابه طاوس فقط، أما الرواية التي فيها أن طلاق الثلاث يقع ثلاثًا روى عنه معظم أصحابه، فنأخذ بما روى عنه الأكثر.

قال الأثرم: سألت أبا عبدالله ـ الإمام أحمد ـ: بأي شيء تدفعه ـ أي حديث ابن عباس أن طلاق الثلاث يقع طلقة واحدة ـ ؟

فقال أبو عبدالله: أدفعه برواية الناس عنه من وجوه خلافة.

ج- نوقش الحديث في معناه المراد منه؛ فأنتم فهمتم من الحديث أن طلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر إمارة يقع طلقة واحدة، ولكن معنى الحديث: أن الناس في عهد النبي ﷺ وفي عهد أبي بكر وفي صدر إمارة عمر لم يكن أحدهم ينطق بلفظ الثلاث، والصيغة التي نسمعها في عهد عمر لم تكن موجودة قبل ذلك، فالمعتد في الزمن الأول طلقة واحدة، وصار الناس في زمن عمر يوقعون الثلاث دفعة واحدة فنفَّذَه عمر ثلاثًا، فالحكم في عهد عمر لم يتغيَّر عن الحكم الذي كان في الزمن الأول؛ لأن الواقعة لم تكن موجودة في الزمن الأول فلم يكن الحكم موجود أصلاً، فهذا الحديث إخبار عن اختلاف عادة الناس في زمن عمر عن الأزمنة التي قبلها، وليس فيه تغيير لحكم المسألة.

د- نوقش: بأن معناه أن غالب حال من كان يطلق زوجته ثلاثا في الزمن الأول كان يريد بذلك التوكيد، فلو طلَّق زوجته في الزمن الأول ثلاثًا وهو لا يقصد توكيدًا ولا استئنافًا، فيحمل على الغالب وهو التوكيد؛ لأنه الأكثر في الاستعمال، أما في آخر عهد عمر كان غالب حال من كان يطلق ثلاثًا كان يقصد الاستئناف، فلو طلق زوجته في آخر زمن عمر ثلاثًا وهو لا يقصد توكيدًا ولا استئنافًا، فيحمل على الغالب وهو الاستئناف؛ لأنه الأكثر في الاستعمال، فلم يخالف عمر في شيء.

حكم تعليق الطلاق بالمشيئة

الطلاق إما أن يعلق على مشيئة الله تعالى، وإما على يعلق على مشيئة من تصح مشيئته، وإما أن يعلق على مشيئة من لا تصح مشيئته أو من لا مشيئة له.

حكم تعليق الطلاق على مشيئة الله، كأن يقول لزوجته أنتِ طالق إن شاء الله:

إما أن يقصد بالاستثناء تعليق الطلاق، وإما أن يقصد به التأكيد والتثبيت.

أما إن قصد به التأكيد والتثبيت فيقع الطلاق في قول أكثر أهل العلم؛ لأنه لا يقصد به التعليق وإنما هو جازم فيه.

أما إن قصد به التعليق، فقد اختلف العلماء في الطلاق المعلق على مشيئة الله هل يقع أو لا يقع على قولين:

القول الأول: يقع الطلاق وهذا رأي الإمام مالك والإمام أحمد.

القول الثاني: لا يقع الطلاق وهو قول الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي ورواية عن الإمام أحمد.

سبب الخلاف: اتفق العلماء على أن الاستثناء يكون في الأشياء المستقبلية، واختلفوا هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة أو لا، ومن هذا المبدأ اختلفوا في هذه المسألة، فمن رأى أن الاستثناء لا يتعلق بالأفعال الحاضرة أوقع الطلاق، ومن رأى أن الاستثناء يتعلق بالأفعال الحاضرة لم يوقع الطلاق.

أدلة الفريقين:

أدلة أصحاب القول الأول:

أ- من الأثر:

١/ ما روي عن أبي جمرة أنه قال: سمعت ابن عباس يقول: «إذا قال الرجل لامرأته: أنتِ طالق إن شاء الله؛ فهي طالق»، وجه الدلالة: أن ابن عباس يرى أن الاستثناء لا يؤثر، ويقع الطلاق.

٢/ ما روي عن ابن عمر وأبي سعيد قالا: «كنا معشر أصحاب رسول الله ﷺ نرى الاستثناء جائزًا في كل شيء إلا في العتاق والطلاق»، وجه الدلالة: أنهما يحكيان رأي الصحابة أن الاستثناء يؤثر في كل شيء إلا العتاق والطلاق، فهما يقعان ولو مع الاستثناء، وحكايتهم هذه توحي كأن هذا إجماع.

ب- من المعقول:

١/ أن هذا الاستثناء يرفع الطلاق جملة، فكأنه ما قال أنتِ طالق، فلم يصح الاستثناء كقوله: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا.

٢/ أنه استثنى حكم الطلاق في محل الزوجة، واستثناء الحكم في محل لم يرتفع بالمشيئة، فلا يصح الاستثناء ويقع الطلاق، كقوله: زوجتك ابنتي إن شاء الله، وبعتك هذه السلعة إن شاء الله، فيقع الزواج والبيع ولا يؤثر الاستثناء.

٣/ أن الزواج يفيد ملك الانتفاع بالبضع، وهذا الملك يزول بالطلاق، والطلاق إزالة ملك، وإزالة الملك لا يصح تعليقه على المشيئة فيصح الطلاق ولا يؤثر الاستثناء، كما لو قال المقرض للمقترض: أبرأتك إن شاء الله، فيصح الإبراء ولم يؤثر الاستثناء.

٤/ الذي يقول: أنتِ طالق إن شاء الله، هذا تعليق على ما لا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات، فيصح الطلاق ولا يؤثر الاستثناء، كقوله: أنتِ طالق إذا انطبقت السماء على الأرض.

أدلة أصحاب القول الثاني:

أ- من السنة:

١/ قوله ﷺ: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث»، وجه الدلالة: أن الطلاق كاليمين فإذا استثنى فيه لا يقع الطلاق، كما أنه لا يحنث في اليمين إذا استثنى.

ب- من المعقول:

١/ أنه علق الطلاق على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع الطلاق لعدم حدوث الشرط؛ لأن المعلق على شرط لا يقع إذا حصل الشرط.

الراجح: القول الأول: وهو وقوع الطلاق، لأنه لو قال لزوجته: أنتِ طالق إن شاء الله، أصبحت المشيئة معلومة بمباشرته بالطلاق أي: أن الله شاء أن تطلق، ولأن التعليق بأمر مستحيل لغو فيقع الطلاق، أما الحديث الذي استدل أصحاب القول الثاني لا يصلح أن يكون دليلا في المسألة لأن الحديث خاص باليمين والمسألة في تعليق الطلاق على مشيئة الله، وليس فيه حلف يمين.

حكم تعليق الطلاق على مشيئة من تصح مشيئته: كأن يقول لزوجته: أنتِ طالق إن شاء أبي. يتوقف الطلاق على اختيار مَن عُلِّق الطلاق بمشيئته.

حكم تعليق الطلاق على مشيئة من لا تصح مشيئته، أو من لا مشيئة له: كأن يقول لزوجته: أنتِ طالق إن شاء هذا الجدار؛ فيقع الطلاق في الحين ولا عبرة بهذا التعليق؛ لأنه أمر مستحيل، والأمر المستحيل لغو.

حكم تعليق الطلاق بالحمل.

كأن يقول لزوجته: أنتِ طالق إن وضعت حملك، فمتى يقع؟

القول الأول: يقع مع وضع الحمل أي بتحقق الشرط، وهذا رأي الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي ورواية في مذهب الإمام أحمد.

القول الثاني: يقع ناجزًا أي: من حين النطق به وليس عند وجود الشرط، وهي رواية عند المالكية ورواية عند الحنابلة؛ لأن اليقين لا يكون إلا بوجود الحمل، والمرأة الحامل لابد أن تضع، فلماذا الانتظار؟

وهذا القول لا يسلم به؛ لأن المرأة ربما يكون عليها علامات الحمل ويتضح بعد زمن أنها ليست حامل، فلم ينطبق الشرط، فلماذا تطلق؟؟؟

الحضانة

تعريف الحضانة:

في **اللغة**: اسم مشتق من مصدر الفعل حضن، يُقال: حضن الطائر بيضه، إذا ضمه إلى جسمه تحت جناحيه، وحضن الرجل الشيء إذا جعله في ناحية منه، أي: في جنبه، والحضن من الإنسان ما دون الإبط إلى الكشع، وتعني الحضانة في اللغة: الضم إلى الجنب من الإنسان.

والحاضنة: هي المرأة التي تقوم على تربية الصغير.

تعريف الحضانة اصطلاحًا:

عند الحنفية: حضانة الأم ولدها هي: ضمها إياه إلى جنبها ،واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها ، فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه.

عند المالكية: الحضانة حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه.

عند الشافعية: قيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يُصْلحه ووقايته عما يؤذيه.

عند الحنابلة: حفظه عما يضره وتربيته بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وتكحيله وربطه في المهد ونحو ذلك.

كل هذه التعريفات تدور حول معنى واحد ، والتعريف المختار هو تعريف الشافعية.

حكم الحضانة:

الحضانة واجبة.

قال الموفق رحمه الله في المغني: " كفالة الطفل وحضانته واجبة ، لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الإنفاق عليه وإنجاؤه من المهالك، ويتعلق بها حق لقرابته؛ لأن فيها ولاية على الطفل واستحقاقا له فيتعلق بها الحق ككفالة اللقيط".

معنى كلامه: أن الحضانة حكمها واجب، لأن الطفل إذا ترك دون حضانة ودن رعاية يترتب على ذلك هلاكه، وهلاكه محرم، إذًا المحافظة عليه أمر واجب، كما يجب الإنفاق عليه حتى لا يهلك أيضًا ، لأنه إذا لم يُنفق عليه يكون بمنزلة هلاكه وضياعه، فكان الإنفاق واجبًا لذلك، أيضًا إهمال الطفل أو تركه بلا رعاية يترتب عليه هلاكه، إذًا المحافظة عليه أمر واجب، الحضانة واجبة ، وفي نفس الوقت فيها حق للأقارب، إذا نظرنا إليها من جانب الطفل الصغير، قلنا أن الحضانة واجبة على الكبير الحاضن، لأنه يحفظ الطفل عن الهلاك والضياع، فهي واجبة وفي نفس الوقت هي حق لهم؛ لأن فيها ولاية على الطفل،

القريب الذي يقوم بحضانة الصغير يكون له سُلطة الولاية على هذا الطفل، فالحضانة نوع من أنواع الحقوق.

الأدلة على مشروعية الحضانة:

هناك أدلة من السنة والإجماع على أن الحضانة مشروعة.

من السنة:

١/ ما روي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله عمرو بن العاص: أن امرأة قالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حِوَاء، وثديي له سقاء، وإنَّ أباه طلقني وزعم أنه ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: ((أنتِ أحق به ما لم تتزوجي)).

وجه الدلالة: الحديث دليل على أن الحضانة مشروعة؛ لأن النبي ﷺ أخبر بأن المرأة أحق بهذا الولد الغير من أبيه ما دام أنها لم تتزوج، فالنبي ﷺ أثبت لهذه المرأة الحضانة ما لم تتزوج.

٢/ قضاء النبي ﷺ في ابنة حمزة، روي عن البراء رضي الله عنه قال: لَمَّا اعتمر النبي ﷺ في ذي القعدة فأبى أهل مكة أن يَدَعُوهُ يدخل مكة، حتى قاضاهم على أن يقيم بها ثلاثة أيام، فلما كتبوا الكتاب كتبوا هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ﷺ، فقالوا: لا نقر لك بهذا، فلو نعلم أنك رسول الله ما مَنَعْنَاك شيئًا، لكن أنت محمد بن عبد الله، فقال: ((أنا رسول الله، وأنا محمد بن عبد الله)) ثم قال لعلي: ((أُمحُ رسول الله)) فقال علي: "لا والله لا أمحوك أبدا"، فأخذ رسول الله ﷺ الكتاب، وليس يحسن يكتب، فَكَتَبَ: هذا ما قاضى عليه محمد بن عبد الله، لا يدخل مكة السلاح إلا السيف في القِراب وأن لا يخرج من أهلها بأحد إن أراد أن يَتَّبعه، وأن لا يمنع من أصحابه أحدًا إن أراد أن يقيم بها، فلما دخلها ومضى الأجل أتوا عليًّا، فقالوا: قُلْ لصاحبك: اخرج عنا فقد مضى الأجل، فخرج النبي ﷺ، فتبعتهم ابنة حمزة تنادي: يا عمِّ يا عمِّ، فتناولها عليٌّ فأخذها بيدها، وقال لفاطمة عليها السلام: دُونَكِ ابنةُ عمِّك حَمِّلِيْهَا، فاختصم فيها عَلِيٌّ وزيدٌ وجعفر، فقال عَلِيّ: أنا أخذتها وهي بنت عمي، وقال جعفر: ابنة عمي وخالتها تحتي، وقال زيد: ابنة أخي، فقضى بها النبي ﷺ لخالتها، وقال: ((الخالة بمنزلة الأم)).

وجه الدلالة: لما اختلف في حضانتها علي وزيد وجعفر قضى بها النبي ﷺ لجعفر، وهذا دليل على مشروعية الحضانة.

الإجماع منعقد على أن الحضانة مشروعة وواجبة.

قال ابن رشد رحمه الله في كتابه المقدمات: لا خلاف بين أحد من الأمة في إيجاب كفالة أطفال الصغار؛ لحاجتهم إلى ذلك، لأن الإنسان خلق ضعيفًا، مفتقرًا إلى من يكفله ويُرَبِّيَه، حتى ينفع نفسه ويستعين بذاته".

هنا ابن رشد ينقل لنا أن إيجاب الكفالة أمر مجمع عليه، لا خلاف فيه بين أحد من العلماء، وبيَّن سبب الوجوب؛ لأن عادةً الصغار بحاجة إلى مَن يحضنهم ويرعاهم ويقوم بشؤونهم؛ لأن الإنسان في أول حياته ضعيف يحتاج إلى مَن يربيه حتى يستقل بذاته في رعاية مصالحه والقيام بشؤون نفسه، وأما وهو الصغير فهو في أَمَسِّ الحاجة إلى مَنْ يقوم بكل هذه المهمة، إذًا الحضانة واجبة.

هل أي أحد يصلح أن يكون حاضنًا للطفل؟

هناك شروط يجب أن تتوفر في الحاضن، ليكون أهلا لحضانة الصغير، **شروط الحضانة**:

١/ الحرية: فلا أن يكون الحاضن حُرًّا حتى يستطيع التفرغ لتربية الصغير ورعايته، وغير الحر مشغول بخدمة سيده، فيضيع الصغير.

٢/ البلوغ: لأن غير البالغ ليس أهلاً لتربية الصغير لعدم قدرته على ذلك، بل هو في حاجة إلى من يقوم بتربيته.

٣/ العقل: غير العاقل ليس أهلا لحضانة الصغير؛ لأنه غير مأمون على الصغير ويُخاف منه الإضرار به.

٤/ القدرة على تربية الطفل والقيام بحاجاته ومختلف شؤونه، ومن لم يقدر على هذا بسبب مرض أو كِبَرِ سِنٍّ مثلا فإنه لا يكون أهلا للحضانة.

٥/ الأمانة: أن يكون الحاضن أمينا على نفس الطفل ودينه وخُلُقه، فإن لم يكن كذلك بأن كان معروفًا بالانحلال أو الإهمال فإنه ليس أهلاً للحضانة، إذْ الصغير مع مَن هذه صفاته عرضة للضياع أو الهلاك.

٦/ الاتحاد في الدين، أن يكون دين الحاضن والمحضون واحدًا، اتفق العلماء على جواز حضانة المسلم لمسلم ولكافر، واختلفوا في حضانة الكافر لمسلم.

هذه الشروط عامة في الحاضن سواء ذَكرًا أو أنثى، نذكر الآن الشروط الخاصة بالمرأة الحاضنة، فالمرأة الحاضنة تشملها الشروط السابقة والآتية.

٧/ أن لا تكون المرأة الحاضنة متزوجة بغير ذي رحم محرمٍ للصغير، فإما أن تكون غير متزوجة أصلاً، وإما أن تكون متزوجة بقريب ذي رحم محرم لهذا الصغير، فتكون صالحة للحضانة، وأما لو كانت متزوجة من شخص آخر غير قريب للطفل فهل تصلح للحضانة أو لا، خلاف بين العلماء.

ومن قال بأن المرأة الحاضنة إذا كانت متزوجة بغير قريب للطفل لم تصلح للحضانة ضمانا لعدم تَعَرُّض الطفل لقسوة الأجنبي، وإيذائه وبُغضه له، كما تدل على ذلك التجارب، مما يؤثر على نفسية الطفل ودينه وخُلُقه.

٨/ يشترط في المرأة الحاضنة أن لا تقيم بالطفل عند مَن يكرهه، سواء أكان قريبًا له أو بعيدًا منه، وذلك حتى لا يَتَعَرَّض الطفل لقسوته وإيذائه، فيكون في هذا ضياع للطفل، والحضانة للصيانة والرعاية، لا للضياع والهلاك.

حضانة الكافر للطفل المسلم

من ضمن الشروط التي ذكرناها سابقا الاتحاد في الدين، فإذا كان الحاضن مسلما والمحضون مسلما فلا خلاف، كذلك إذا كان الحاضن مسلما والمحضون غير مسلم كذلك، كذلك إذا كان الحاضن غير مسلم والمحضون غير مسلم فلا خلاف، أما لو كان الحاضن غير مسلم والمحضون مسلما فهنا الخلاف.

اختلف العلماء في حضانة الكافر للمسلم على قولين:

القول الأول: هو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ويرون أن الحضانة لا تثبت للكافر على الطفل المسلم.

القول الثاني: تثبت حضانة الكافر على الطفل المسلم، وهو رأي أبي حنيفة وابن القاسم وأبي ثور.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

١/ أن الحاضن حريص على تربية الطفل على دينه، وأن ينشأ عليه، فيصعب بعد كبره وعقله انتقاله عنه، وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر الناس عليها، كما قال ﷺ : «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه».فقد يقوم هذا الحاضن غير المسلم بتغيير هذه الفطرة.

وقد يقول قائل: إن الحديث خاص بالأبوين.

نقول: ذكر الأبوين في الحديث إنما خرج مخرج الغالب؛ لأن الغالب أن الطفل الصغير يتربى مع والديه، فهما اللذان يؤثران فيه، وليس هناك مانع أن يتربى مع غيرهما، فينطبق عليه نفس الحكم.

٢/ من أهم أسباب الموالاة الحضانة، وقد قطع الله عز وجل الموالاة بين المسلمين والكفار، فلا يصلح أن يكون الكافر حاضنا لمسلم.

أدلة أصحاب القول الثاني:

١/ استدلوا بما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم، وكان بينهما بنت فأتت المرأة إلى النبي ﷺ وقالت: ابنتي، ورافع يقول: ابنتي، فقال النبي ﷺ له: «اقعد ناحية»، وقال للمرأة: «اقعدي في ناحية»، وقالا لهما: «ادعواها»، فقاما بذلك، فمالت البنت إلى أمها، فقال النبي ﷺ: «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها فأخذها.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ خير البنت بين الأب أو الأم، والأم غير مسلمة، فلو أن البنت اختارت الأم، أخذتها أمها، مما يدل على جواز أن تكون الحاضنة غير مسلمة، وإلا ما خيرها النبي ﷺ بين أبيها وأمها.

٢/ الغرض من الحضانة: رعاية الطفل والقيام بخدمته ورضاعه وشؤونه كلها، وكلاهما جائز من الكافر، فيجوز أن تكون غير المسلمة حاضنة للطفل المسلم.

مناقشة الجمهور لأدلة أصحاب القول الثاني:

١/ حديث عبدالحميد بن جعفر عن أبيه عن جده ضعيف في سنده؛ فلا يصح الاحتجاج به.

٢/ الحديث مضطرب في متنه، الرواية التي ذكرناها فيها أن الطفل بنت، وفي رواية أخرى أن الطفل غلام.

٣/ هذا الحديث قد يحتج به على صحة مذهب من اشترط الإسلام؛ لأن الحجة عند أصحاب القول الثاني لا تقوم إلا إذا اختارت البنت أمها واستقرت عندها والنبي ﷺ أقرها على ذلك، وهذا لم يحدث، والحاصل أن النبي ﷺ دعا لها بالهداية لما مالت إلى أمها، حتى تميل إلى أبيها، وبالفعل مالت إلى أبيها، فدعاء النبي ﷺ بذلك يدل على أن اختيارها لأمها ليكن من هدي الإسلام، بل هدي الإسلام أن تختار أبوها المسلم، ولو كان حضانة الأم الكافرة جائزة لما دعا لها النبي ﷺ.

٤/ ومن العجب أنهم يقولون لا حضانة للفاسق، فأي فسق أكبر من الكفر، وأين الضرر المتوقع من الفاسق بنشوء الطفل على طريقته إلى الضرر المتوقع من الكافر، فالكافر ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له وتربيته عليه وهذا أعظم الضرر والحضانة إنما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه.

إذا بلغ الغلام سبعًا وليس بمعتوه فمن أحق بحضانته؟

الأولى لحضانة الطفل دون سبع الأم، لأنه يحتاج إلى مزيد من الرعاية والعناية.

وإذا بلغ الغلام سبعا إلا أنه كان معتوها، فالأم أحق بحضانته؛ لحاجته إلى الرعاية.

وإذا بلغ الغلام سبعًا وليس بمعتوه إلا أن الأبوان اتفقا على أن يكون عند أحدهما، فعلى ما اتفقا عليه.

أما لو بلغ الغلام سبعًا وليس بمعتوه وتنازعا فيه الأب والأم فهنا اختلف العلماء على قولين:

القول الأول: يرى أن الطفل يخير بين أبويه، فأيهما اختار أخذه، وهذا رأي الشافعية والحنابلة، وبه قضى عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، والقاضي شُريح.

القول الثاني: يرى الحنفية والمالكية أن الغلام لا يخير، وإنما يأخذه أبوه، واشترط الحنفية: أن يستقل بنفسه أي: يستطيع أن يأكل بنفسه ويشرب بنفسه ويقضي حاجته بنفسه، ففي هذه الحالة يكون أباه أحق من أمه؛ لأنه أحظ للطفل، أما إذا لم يستقل بنفسه فأمه أولى به، واشترط المالكية: أن يظل عند أمه حتى يُثْغِر وبعد ذلك أبوه أحق به، والإثغار: سقوط أسنان الطفل.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

١/ استدلوا بما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ خيّر غلامًا بين أبيه وأمه، وفي اللفظ: عن أبي هريرة قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد سقاني من بئر أبي عتبة، وقد نفعني، فقال النبي ﷺ للغلام: «هذا أبوك، وهذه أمك، فخذ بيد أيهما شئت»، فأخذ بيد أمه فانطلقت به.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ خير الغلام: إما أن يختار أباه، أو يختار أمه، فاختار الولد أمه، مما يدل على أن الأمر راجع إلى اختيار الولد.

٢/ استدلوا بإجماع الصحابة رضي الله عنهم:

أ- روي عن عمر بن الخطاب أنه خير غلاما بين أبيه وأمه.

ب- عن عمارة الجرمي أنه قال: خيرني علي بين عمي وأمي، وكنت ابن سبع أو ثمان.

ج- وروي مثل هذا عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وجه الدلالة: أنهم خيروا ولم ينكر أحد من الصحابة ذلك، فدل على أنه إجماع من الصحابة على أن الغلام يخير بين أبويه.

٣/ استدلوا بالمعقول:

أ- أن التقديم في الحضانة لمن هو أشفق؛ لأن حظ الولد عند أكثر، واعتبرنا الشفقة بمظنتها، إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها، فإذا بلغ الغلام حدًا يُعْرِب فيه عن نفسه، ويميز بين الإكرام وضده، ومال إلى أحد الأبوين، دلّ على أنه أرفق به وأشفق عليه فقدِّم بذلك، وقيدناه بالسبع لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة.

ب- ولأن الأم قدمت في حال الصغر لحاجته إلى حمله ومباشرة خدمته، لأنها أعرف بذلك وأقوم به، فإذا استغنى عن ذلك تساوى والداه؛ لقربهما منه، فَرُجِّح باختياره.

أدلة أصحاب القول الثاني: الذي يرون عدم التخيير.

قالوا: التخيير لا يصح؛

أ- لأن الغلام لا قول له، ولا يعرف حظه، وربما اختار من يلعب عنده، ويترك تأديبه، ويمكنه من شهواته، فيؤدي إلى فساده.

ب- لأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع.

الراجح: القول الأول، لأن لديه أدلة من السنة وعليه إجماع الصحابة.

بناء على الرأي المختار: أن الغلام يخير بين أبويه إذا بلغ سبعا وليس بمعتوه، فروع أخرى:

شـروط الـتخـيير

لا يخير الغلام إلا بشرطين، هما:

١/ أن يكون الأبوين أهلا للحضانة، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة كان كالمعدوم، ويعين الآخر.

٢/ أن لا يكون الغلام معتوها، فإن كان معتوها كان عند الأم ولم يخير؛ لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرًا، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد أن يبلغ.

لو خير الغلام واختار أباه، فأخذه الأب ثم زال عقله بعد ذلك، فما الحكم؟

لو خير الغلام واختار أباه ثم زال عقله ردّ إلى الأم وبطل اختياره؛ لأنه إنما خُيِّر حينما استقل بنفسه، فإذا زال استقلاله بنفسه كانت الأم أولى؛ لأنها أشفق عليه وأقوم لمصالحه كما في حال طفولته.

إذا اختار الغلام أحد أبويه ثم رجع في اختياره فما الحكم؟

متى اختار أحدهما فسلم إليه ثم اختار الآخر رد إليه، فإن عاد فاختار الأول أعيد إليه هكذا أبدًا؛ لأنه اختيار شهوة لحظ نفسه، فَاتُّبِع مَا يشتهيه، كما يتبع ما يشتهيه في المأكول والمشروب، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت، وعند الآخر في وقت، وقد يشتهي التسوية بينهما وأن لا ينقطع عنهما.

إذا اختار الغلام كلا الأبوين، أو لم يختر أحدهما فما الحكم؟

وإن خيرناه فلم يختر واحدًا منهما أو اختارهما معًا، قُدِّمَ أحدهما بالقرعة؛ لأنه مزية لأحدهما على صاحبه، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته، فَقُدِّمَ أحدهما بالقرعة.

إذا قلنا للغلام اختر أحدهما فلم يختر أو اختارهما، فتم إجراء القرعة، فوقع في نصيب أحدهما، فأخذه، وبعد فترة قال الغلام أنا اختار الثاني، فإنه يُمَكَّن؛ لأن الأصل هو الاختيار والقرعة بدل عن اختيار.

حضانة الجارية فوق سبع سنوات

اختلف الفقهاء في تخيير الجارية وعدم تخييرها على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الأم أحق بحضانة ابنتها حتى تزوج أو تحيض، هو لأبي حنيفة.

القول الثاني: أن الأم أحق بحضانة ابنتها حتى تزوج ويدخل بها الزوج، وهو للإمام مالك.

القول الثالث: أنها تُخير بين أبويها كالغلام، وهو للإمام الشافعي.

القول الرابع: أن الأب أحق بحضانة البنت دون الأم إذا كانت فوق سبع، وهو المشهور عند الحنابلة.

الأدلة:

حجة أصحاب القول الأول والثاني:

لأنه لا حكم لاختيارها، ولا يمكن انفرادها، فكانت الأم أحق بها، كما قبل السبع.

حجة أصحاب القول الثالث:

قياس البنت على الغلام، كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية كسن البلوغ.

حجة القول الرابع:

أ- أن الغرض بالحضانة: الحفظ، والحفظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها،

ب- أن البنت إذا بلغت سبع سنوات قاربت الصلاحية للزواج، وقد تزوج النبي ﷺ عائشة وهي ابنة ست، وإنما تخطب الجارية من أبيها؛ لأنه وليها والمالك لتزويجها، فالأولى أنها تكون عند أبيها لأنه يملك تزويجها بصفة كونه وليا لها.

ج- أن أباها أعلم بالكفاءة واقدر على البحث فينبغي أن يقدم على غيره.

مناقشة أصحاب القول الثالث:

أ- لا يصار إلى تخييرها؛ لأن الشرع لم يرد به فيها.

ب- ولا يصح قياسها على الغلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج، كحاجتها إليه.

ج- ولا على سن البلوغ؛ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها وتوكيلها وإقرارها واختيارها، والغلام يستطيع أن يزوج نفسه بعد البلوغ.

سقوط الحضانة بالنكاح

المرأة إذا كانت حاضنة لطفل، ثم تزوجت هذه المرأة، فهل تظل على حضانتها أو تسقط عنها الحضانة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول: تسقط الحضانة بالنكاح مطلقاً، سواء كان المحضون ذكرًا أو أنثى قريبا أو غير قريب، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والمشهور عند الحنابلة.

القول الثاني: أن الحضانة لا تسقط بالزواج بأي حال من الأحوال، فالمرأة تبقى على حضانتها سواء كان المحضون ذكرًا أو أنثى قريبا أو غير قريب ، وذهب إليه ابن حزم الظاهري والحسن البصري.

القول الثالث: يفرق بين إذا كان المحضون أنثى أو ذكرا، لو كان المحضون أنثى فلا تسقط الحضانة بالنكاح، ولو كان المحضون ذكرًا فتسقط حضانتها بالنكاح، وهي رواية عن الإمام أحمد.

أي: تسقط حضانة الذكر دون الأنثى، وحضانة الأنثى تنتقل لأبيها إذا بلغت سبع سنوات، كما مر في المسألة السابقة.

القول الرابع: يفرق بين إذا كانت المرأة تزوجت الحاضنة قد تزوجت من نسيب أو قريب للمحضون للمحضون، أو من شخص أجنبي، لو تزوجت من أجنبي عن المحضون سقطت الحضانة، أما لو تزوجت من نسيب أو قريب للمحضون فتظل على حضانتها كأخ الزوج (عم الطفل).

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول (الجمهور):

١/ حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده الذي فيه أن النبي ﷺ قال لامرأة: «أنتِ أحق به ما لم تتزوجي».

مفهوم هذا الحديث: أنها إذا تزوجت سقطت الحضانة عنها.

٢/ اتفاق الصحابة على ذلك، ويدل عليه:

أن أبا بكر قال لعمر: «هي أحق به ما لم تتزوج»، وعمر وافقه على ذلك ولم يخالف في ذلك أحد من الصحابة، والقصة: أن عمر رضي الله عنه كان متزوجا من امرأة يقال لها جميلة بنت عاصم، وأنجب منها ولدًا اسمه: عاصم، إلا أن عمر رضي الله عنه فارقها، ثم في يوم من الأيام كان عمر يمر

بمسجد قباء، فوجد عاصما ابنه يلعب مع الأطفال، فأخذه، فأدركته جدة عاصم (أم أمه) فنازعته إياه، حتى وصل إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه فلما عرض على أبي بكر الصديق قال له: «خل بينك وبينها، هي أحق به ما لم تتزوج»، فوافق عمر أبا بكر على ذلك، والصحابة علموا بذلك ولم يخالف منهم أحد.

٣/ ما رواه عبد الرزاق: حدثنا ابن جريج: حدثنا أبو الزبير: عن رجل صالح من أهل المدينة، عن أبي سلمة بن عبدالرحمن، قال: كانت امرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار، فقتل عنها يوم أُحُد وله منها بولد، فخطبها عم ولدها ورجل آخر إلى أبيها، فأنكح الآخر، فجاءت إلى النبي ﷺ فقالت: أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي، فدعا رسول الله ﷺ أباها، «أنكحت فلانًا فلانة؟» قال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: «أنت الذي لا نكاح لك، اذهبي فانكحي عم ولدك».

وجه الاستدلال:

أن المرأة لما قالت: " أنكحني أبي رجلا لا أريده، وترك عم ولدي، فيؤخذ مني ولدي" فهذا الكلام يؤخذ به أن النكاح يُسقط الحضانة؛ لأن النبي ﷺ لم ينكر عليها ذلك.

وهذا الحديث استدل به أيضا أصحاب القول الرابع، يأتي بيانه في مكانه.

٤/ المرأة إذا تزوجت اشتغلت بحقوق زوجها عن الحضانة، فكان الأب أحظ له، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها فأشبهت المملوكة.

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول (الجمهور) ناقشها أصحاب القول الثاني:

١/ حديث عمرو بن شعيب ضعيف، قال ذلك: ابن حزم.

أجيب: أن عمرو بن شعيب ثقة، يصلح الاحتجاج بروايته، وهذا قول كثير من العلماء منهم الإمام البخاري.

ولما يتعارض قول ابن حزم مع قول البخاري والإمام أحمد، فيؤخذ بقول البخاري ولا يؤخذ بكلام ابن حزم.

فبالتالي يكون حديث عمرو بن شعيب حديث صحيح.

٢/ حديث أبو سلمة حديث مرسل، وفيه رجل مجهول.

مرسل؛ لأن أبو سلمة من التابعين وقال " كانت امرأة من الأنصار" ولم يذكر أنه سمع هذا أو رآه.

أجيب أن أبا سلمة كان من كبار التابعين، فليس مستبعدًا أن يكون قد سمع هذا أو رأى هذا ، ثم إنه عاصر هذه المرأة التي روى قصتها ، فعلى هذا لا إرسال في السند.

وعلى افتراض أنه مرسل ـ كما قلتم ـ إلا أنه مرسل جيد؛ لأن هذا لم يعتبر عليه وحده، بل هناك أدلة أخرى تقويه وتعضده، فهو قوي.

أما قولكم: إن فيه رجل وهو مجهول، فأجيب: بأن الراوي المجهول روى عنه أبو الزبير، وقد عبر عنه بأنه رجل صالح ، فهذا تعديل منه ، على أن روايته مقبولة ، فهي شهادة منه أو إخبار بعدالة الراوي الذي روى عنه ، وأبو الزبير ثقة ، فتقبل روايته ، فما أخبر عنه أنه ثقة فهو ثقة.

أدلة أصحاب القول الثاني (ابن حزم):

١/ ما رواه البخاري عن عبدالعزيز بن صهيب عن أنس بن مالك قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وليس له خادم، فأخذ أبو طلحة بيدي، وانطلق بي إلى رسول الله ﷺ ، فقال: يا رسول الله إن أنسًا غلام كَيِّس فليخدمك، قال: فخدمته في السفر والحضر.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ كان يعلم إن أنسا ابن زوجة أبو طلحة ، وهي موجودة تعيش مع أبي طلحة ، فهذا يدل على إن الزواج لا يُسقط الحضانة ، فلو كان يُسقط الحضانة ما كان استمر أنس مع زوج أمه ، والنبي ﷺ علم بذلك ولم ينكر هذا ، فهذا يدل على أن الحضانة لا تسقط بالنكاح.

نوقش: بأن هذا الدليل صحيح في غاية الصحة ، لكن الاستدلال به ضعيف في غاية الضعف لأنه في غير موضعه ، فأنت تريد الاستدلال على أن الحضانة لا تسقط بالنكاح، والحديث التي المذكور ليس فيه هذا ، وكل ما فيه أن أنسا يعيش مع أمه متزوجة من أبي طلحة ، نحن لا نمنع من أن تكون المرأة متزوجة وابنها يعيش معها في بيت الزوج، بل إنه لا يجوز أن يفرق بين المرأة وولده ما دام لم يطالب به أهل الزوج، فلو كانا راضيين بذلك فلا تسقط الحضانة ، فدليلك خارج عن محل النزاع.

٢/ أن أم سلمة ـ أم المؤمنين ـ رضي الله عنها لما تزوجت النبي ﷺ ، تزوجته وكان عندها ولد ، وهذا الولد لم تسقط حضانته ، بل ظل في حضانة أمه.

وجه الدلالة: أن هذا دليل صريح في أن الحضانة لا تسقط بالنكاح؛ لأن أم سلمة ظلت حاضنة لابنها رغم زوجها من رسول الله ﷺ.

نوقش: بأن الاستدلال خارج عن محل النزاع، للرضى بين الزوجين، ولم يطالب إسقاط الحضانة أحد، فلا يكون دليلا في محل النزاع.

٣/ قصة ابنة حمزة، لما اختصم في حضانتها ثلاثة: علي، وجعفر، وزيد، والنبي ﷺ قضى بها لامرأة جعفر، وقال: «الخالة بمنزلة الأم».

وجه الاستدلال: أن المرأة المتزوجة لا تسقط حضانتها؛ لأن النبي ﷺ قضى حضانة ابنة حمزة لامرأة جعفر وهي متزوجة.

نوقش: بأن قصة ابنة حمزة فيها ثلاثة مآخذ:

أ- النكاح لا يُسقط الحضانة؛ لأن امرأ جعفر حاضنة لبنت حمزة وهي متزوجة.

ب- النكاح لا يُسقط حضانة الأنثى، وإنما يُسقط حضانة الذكر؛ لأن الحضانة لابنة حمزة، وليس لابنه.

ج- الحضانة لا تسقط إذا كانت المرأة متزوجة من قريب للمحضون؛ لأن ابنة حمزة كانت بالنسبة لجعفر بنت عمه.

وأنتم تستدلون به على المأخذ الأول، فبالتالي عليكم إبطال بقية المآخذ، وأنتم لا تستطيعون ذلك، فلا تكون دليلا لك.

أدلة أصحاب القول الثالث (الذي يفرق بين المحضون هل هو ذكر أو أنثى):

قصة ابنة حمزة السابقة.

وجه الاستدلال: أن الواقعة حصلت مع الأنثى، والنبي ﷺ قضى بحضانتها لامرأة جعفر وهي متزوجة، فهذا دليل على أن المحضون إذا كان أنثى فلا تسقط حضانته بالنكاح.

أدلة أصحاب القول الرابع (الذي يفرق بين إذا كان زوج المرأة الحاضنة نسيبا للمحضون أو أجنبي عنه):

١/ قصة ابنة حمزة السابقة؛ لأن ابنة حمزة كانت بالنسبة لجعفر بنت عمه.

٢/ حديث عبدالرزاق السابق؛ نجد أن المرأة هنا تزوجت من نسيب للطفل الذي هو عم الطفل فتبقى حضانتها.

التعزير

تعريفه: عقوبة مشروعة على جناية لا حدَّ فيها.

مثال: ١/ كمن ارتكب دون جريمة الزنا ، فإنه يعاقب بأقل من حد الزنا أو أكثر.

٢/ كمن سرق أقل من النصاب، فإنه يعاقب بأقل من حد السرقة أو أكثر.

اتفق الفقهاء على أن ليس للتعزير حد أدنى.

اختلف الفقهاء في الحد الأقصى للتعزير على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يزاد في التعزير على عشر جلدات، وهو المنصوص عند الإمام أحمد.

القول الثاني: أن لا يبلغ بالتعزير أدنى حد مشروع، وهو مذهب الحنفية والشافعية وأبي ليلى وأبي ثور.

عند الحنفية: أقل من أربعين جلدة؛ لأن الأربعين حد العبد في القذف والشرب.

عند الشافعية: أقل من عشرين جلدة بالنسبة للعبد؛ لأن العشرين حد العبد في الشرب.

وأقل من أربعين جلدة بالنسبة للحر؛ لأن الأربعين حد الحر في الشرب.

عند أبي ليلى وأبي ثور: أقل من ثمانين جلدة؛ لأن الثمانين حد القذف والشرب.

القول الثالث: أن لا يبلغ بكل جناية حدًّا مشروعًا في جنسها ، وهي رواية عند الحنابلة

مثال: مَنْ باشر امرأة أجنبية فيما دون الفرج ؛ فإنه يُعزر بأقل من مئة جلدة (حد الزنا) .

من سبَّ أو شتم غيره؛ فإنه يُعزر بأقل من ثمانين جلدة (حد القذف).

القول الرابع: زيادة التعزير عن الحد ، وهو مذهب المالكية.

مثال: أن أقصى الحد مئة جلدة، ويمكن أن يزيد التعزير إلى أكثر من ذلك.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

ما روى أبو بردة أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى))، وجه الدلالة: أن العقوبة التي يُزاد فيها على عشرة أسواط هي الحدود ، أما غير الحدود كالتعزير فلا يُزاد فيها على عشرة أسواط.

أدلة أصحاب القول الثاني:

١/ حديث أبي بردة السابق.

وجه الدلالة: لا تجوز الزيادة في التعزير بحيث يصل إلى الحد.

٢/ ما روى الشالنجي بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «من بلغ حدًّا في غير حدٍّ فهو من المعتدين».

٣/ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: "أن لا يبلغ بنَكَال أكثر من عشرين سوطا".

٤/ أن العقوبة تكون على قدر الإجرام والمعصية، والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها، فلا يجوز أن يبلغ في أهون الأمرين عقوبةَ أعظمهما.

أدلة القول الثالث:

١/ ما روي عن النعمان بن بشير رضي الله عنه في الذي وطئ جارية امرأته بإذنها، يجلد مئة.

وجه الدلالة: وهذا تعزير ولم يصل إلى الحد المشروع، لأن الحد في هذه الحالة الرجم.

٢/ ما رواه سعيد بن المسيب عن عمر في أمَة بين رجلين، إذا وطئها أحدهما يُجلد الحد إلا سوطًا واحدًا.

وجه الدلالة: هذا يدل على أنه لا يبلغ في العقوبة حدًّا مشروعًا في جنسها.

أدلة أصحاب القول الرابع:

١/ ما روي أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا، فبلغ عمر رضي الله عنه، فضربه مائة، وحبسه، وكلم فيه، فضربه مائة أخرى، فكلم فيه من بعد، فضربه مائة ونفاه.

وجه الدلالة: أن عمر هنا جلده ٣٠٠ جلدة وحبسه ونفاه، وهذا يزيد على الحدود.

٢/ روي أن عليا أُتي بالنجاشي، قد شرب خمرًا في رمضان، فجلده ثمانين الحد، وعشرين سوطًا لفطره في رمضان.

وجه الدلالة: أنه جلده ١٠٠ جلدة، وفيه زيادة على الحد.

٣/ روي أن أبا الأسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة، فأُتي بسارقٍ، قد كان جمع المتاع في البيت، ولم يخرجه، فقال أبو الاسود: "أعجلتموه المسكين" فضربه خمسة وعشرين سوطًا وخلى سبيله.

مناقشة أدلة أصحاب القول الرابع، ناقشها أصحاب القول الثاني:

أن الزيادة في التعزير على الحد، يعني أنه يمكن أن يُقَبِّل شخص امرأة حرامًا، ويترتب على هذا أن يُجلد أكثر من حد الزنا، فالتالي تزيد عقوبة التعزير على عقوبة الحد مع أن الجريمة في الحد أعظم من الجريمة في التعزير؛ لأن الزنا لا يزاد فيه على الحد فمن باب أولى لا يجوز زيادة عقوبة مَنْ قَبَّل أو وطئ فيما دون الفرج على الحد.

حديث معن بن زائدة فيه أن عمر جلده ٣٠٠ جلدة وحبسه ونفاه، هذا لا يدل على أنه يجوز أن يُزاد بالتعزير على الحد، لأنه يحتمل أن هذا الرجل كانت له جرائم متعددة فعاقبه عمر على جميع هذه الجرائم، فلم يُزد على الحد، ويحتمل أنه تكرر منه هذا الفعل فعمر لمَّا عاقبه، عاقبه على عدة جرائم، فما بلغ الحد، ويحتمل أنه عملها مرة واحدة؛ ولكن هذا التصرف فيه أكثر من جريمة، من تزوير الختم، وأخذ المال من بيت المال على غير وجه حق، وأنه فتح باب شر، فلما عوقب، عوقب على جميع هذه الجرائم، فليس هناك زيادة على الحد.

حديث علي أنه جلد النجاشي ١٠٠ جلدة لما شرب الخمر في نهار رمضان، ليس فيه زيادة على الحد، لأن عليا رضي الله عنه عاقبه بثمانين جلدة على الشرب، والعشرين على إفطاره في شهر رمضان.

هل التعزير في الجرائم واجب على الإمام أو نائبه أو لا؟

إقامة الحد واجب على الإمام أو نائبه، أما لو ارتكب جريمة هي دون الحد فهل يجب على الإمام أو نائبه إقامة التعزير؟

مثال: المباشرة دون الفرج، السرقة دون النصاب.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: التعزير فيما شرع فيه التعزير واجب على الإمام أو نائبه إذا رأى المصلحة في ذلك، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك.

القول الثاني: ذهب الإمام الشافعي إلى أن هذا ليس بواجب على الإمام أو نائبه.

أدلة أصحاب القول الأول:

التعزير إما أن يكون منصوص على عقوبتها ، وإما أن يكون غير منصوص على عقوبة فلو كان منصوصا على العقوبة كمن وطئ أمة زوجته أو شريكه وجب على الإمام أو نائبه تنفيذ النص.

أما لو لم يكن منصوصا على العقوبة فأيضا يجب إقامة التعزير لزجر الشخص عن ارتكاب الجريمة لحق الله سبحانه وتعالى؛ والحدود مشروعة لحق الله تعالى، فكلا العقوبتين شرعتا لحق الله تعالى فإقامتهما واجب.

أدلة أصحاب القول الثاني:

١/ إنّ رجلا جاء إلى النبي ﷺ ، وقال يا رسول الله: إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها ، فقال له النبي ﷺ: «أصليت معنا؟» قال: نعم، فتلا عليه النبي ﷺ قول الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾. وجه الدلالة: أنّ النبي ﷺ لم يُعاقبه على جريمة ارتكبها يُعاقب عليها بالتعزير.

٢/ أن النبي ﷺ قال في الأنصار: «اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم».

وجه الدلالة: أنه لو أساء إساءة فيها عقوبة تعزير فلا تعاقبوهم بل تجاوزا عنه، ولو كان التعزير واجبًا لما أمر النبي ﷺ بالتجاوز عن مسيئهم.

٣/ رجل قال للنبي ﷺ لما حكم بينه وبين ابن عمته ـ الزبير ـ في قضية مرور الماء من أرضيهما بأن يسقي الزبير زرعه أولا ثم يسقي هو: أنْ كان ابن عمتك، فغضب النبي ﷺ، ومع ذلك لم يُعَزِّره على إساءته ومعصيته. وهذا يدل على أن التعزير ليس بواجب.

٤/ أن النبي ﷺ كان في قسمة الغنائم، فقال رجل: إن هذه قسمة ما أُريدَ بها وجه الله، فهذا اتهم النبي ﷺ بأنه لا يعدل، ومع ذلك لم يعزره.

في هذه الوقائع نجد أن هؤلاء جميعهم كانوا يستحقون التعزير ومع ذلك لم يُعزرهم النبي ﷺ، مما يدل على أن التعزير ليس بواجب.

حكم قتل المسلم للذمي

هل يُقْتَص من المسلم إذا قتل ذميا؟

إذا قتل الكافر كافرا؛ فإنه يُقتص منه.

إذا قتل الذمي مسلما؛ فإنه يُقتص منه.

إذا قتل الكافر مسلما؛ فإنه يُقتص منه.

إذا قتل المسلم كافرا؛ فإنه لا يُقتص منه.

اختلف العلماء فيما لو قتل المسلم ذميا: هل يُقتص منه أو لا، على قولين:

القول الأول: عدم وجوب القصاص من المسلم إذا قتل ذميا، أو غيره من الكفار؛ وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، وكثير من الصحابة والتابعين.

القول الثاني: أن المسلم يُقتل بالذمي خاصة، وهو مذهب الحنفية.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

١/ استدلوا من الكتاب بعموم الآيات التي تنفي المساواة بين المسلم والكافر، ومنها:

أ- قول الله تعالى: ﴿أَفَنَجْعَلُ ٱلْمُسْلِمِينَ كَٱلْمُجْرِمِينَ ﴿٣٥﴾ مَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ ﴿٣٦﴾﴾.

من شروط القصاص المساواة بين القاتل والمقتول وهذه الآية تدل على عدم المساواة بين المسلمين وغيرهم، فالمسلم ليس مساويا لغير المسلم، وغيره لا يساويه؛ فلا يُقتص لعدم المساواة.

ب- قول الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾.

تدل على نفي أن يكون لغير المسلم سلطان على المسلم، ولو قلنا أن المسلم يُقتص منه إذا قتل ذميًّا، فيكون هناك لأوليائه سلطان على المسلم، وهذا منفي بهذه الآية.

٢/ استدلوا من السنة:

أ- قوله ﷺ: ((المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يُقتل مسلم بكافر)).

يدل على أن المسلم لا يُقتَل بالكافر مطلقاً، أيًا كان هذا الكافر سواء كان ذميا أو غير ذمي.

ب- وعن علي رضي الله عنه أنه قال: "من السنة أن لا يُقتَلَ مسلمٌ بكافر".

٣/ استدلوا من المعقول:

أ- أن الذمي منقوص بكفره، فلا مساواة بينهما، ومن ثَمَّ لا يُقتل به المسلم.

ب- أن الذمي كافر، وكفره يُبِيحُ قتله، درءً للفتنة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ﴾، وهذا كافر فيقتل درءً للفتنة.

نوقش دليل المعقول (ب):

إن الكفر المبيح للقتل هو كفر الكافر المحارب، فدرءً لفتنته يُقتَل، أما الكافر المُسالم الذي لا يتعرض للمسلم لا في دمه ولا في ماله ولا في عرضه، وبيننا وبينه عقد ذمة، فإنه لا يُقتَل، لعدم مظنة الضرر منه، بل يجب الوفاء بالعهد الذي بيننا وبينه، وليس من الوفاء بالعهد أن تتعرض له بالأذى في نفسه أو في عرضه أو في ماله.

أدلة أصحاب القول الثاني:

١/ استدلوا من الكتاب بعموم الآيات التي توجب القصاص، فهي لم تُفرِّق بين كون المقتول مسلم أو ذمي:

أ- قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى﴾.

﴿ٱلۡقَتۡلَى﴾: لفظ عام يشمل القصاص سواء كان القاتل مسلم أو الذمي.

ب- قول الله تعالى: ﴿وَكَتَبۡنَا عَلَيۡهِمۡ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾.

﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾ أي كل نفس تقتص بالنفس الأخرى، إذا وجدت المساواة بين الجاني والمجني عليه، أو كان الجاني أقل منزلة من المجني عليه.

ج- قول الله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾.

﴿وَمَن﴾ لفظ عام، أي: كل مَنْ يُقتَل مظلوما؛ فإن لوليه أن يقتص من الجاني.

د- قول الله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَـٰبِ ﴾.

يدل على أنكم لو طبقتم مبدأ القصاص فإنه يترتب عليه محافظة على حياة الناس؛ لأن مَنْ يُفكِّر في قتل غيره ويعلم أنه سيُقْتَص منه إذا قتَل فإنه يمتنع ويتراجع، وهذه النتيجة حاصلة إذا أراد المسلم قتل ذمي، أو أراد الذمي قتل مسلم.

٢/ استدلوا من السنة:

ما رواه ابن البيلماني: أن النبي ﷺ أقاد مسلمًا بذمي، وقال: ((أنا أحق من وفى بذمته)).

يدل على أنه ﷺ اقتص من مسلم؛ لأنه قتل ذميا، فهناك عقد بيننا وبين هذا الذمي، ونحن المسلمون يجب علينا أن نَفِي بعهودنا عملا بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾، وقوله: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾، فمن الوفاء بالعهد القصاص ممن قتل الذمي.

٣/ استدلوا من المعقول:

أ- إن الذمي معصوم الدم عصمة مؤبدة، فإذا قتله أحد فإنه يُقتَل به، قياسا على المسلم ـ فالمسلم معصوم الدم؛ فإذا قتله أحد فإنه يُقتَل فكذلك الذمي ـ فلو قتل المسلم ذميا فإنه يقتل لأنه معصوم الدم.

ب- لو سرق مسلم مال ذمي، وتوفرت شروط القطع، قطعت يد المسلم؛ لحرمة مال الذمي، فإذا كانت حرمة لمال الذمي فحرمة دمه أولى من حرمة ماله؛ لأن الدماء أولى بالمحافظة من الأموال.

مناقشة أدلة الحنفية:

١/ إنّ عمومات القرآن محمولة على الخصوص؛ لأن العام لا يستدل به إذا ورد ما يخصصه، ودليل السنة الذي في أدلتنا يخصص هذه العمومات.

٢/ إنّ البيلماني إذا ذكر الإسناد فإنّ حديثه غير مقبول؛ لأنه ضعيف، وإذا أصبح الحديث مرسلا فإنه يكون غير مقبول، فالراوي ضعيف والحديث مرسل، فلا يقوى الحديث على الاحتجاج به.

❖ روي عن الإمام مالك أنه قال: إذا قتل المسلمُ الذميَّ غِيلة؛ فإنه يُقْتَل. وهو مذهب الليث بن سعد.

أي: إذا غدر المسلم بالذمي من أجل أن يحصل على أمواله، والحصول على أمواله لا يأتي إلا إذا قتله.

وجهة نظرهم: أنه لا يكون هنا قتل المسلم بالذمي قصاصا، إنما يُقتَل به من أجل الحِرابة، وبالتالي لا يُقبَل عفو أولياء دم الذمي عن القصاص؛ لأن هذا ليس بقصاص إنما هو حد والحدود من حقوق الله تعالى.

الراجح من حيث الأدلة ما ذهب إليه الجمهور.

كم دية الذمي إذا قتله المسلم خطأ؟

دية الرجل المسلم: ١٠٠ من الإبل أو ١٠٠٠ دينار من الذهب أو ١٢٠٠٠ درهم من الفضة.

دية المرأة المسلمة: ٥٠ من الإبل أو ٥٠٠ دينار من الذهب أو ٦٠٠٠ درهم من الفضة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن دية الذمي على النصف من دية المسلم، وهو مذهب المالكية.

أي: ذُكرانهم على نصف دية ذكران المسلمين، وإناثهم على نصف دية إناث المسلمين.

القول الثاني: أن دية الذمي على الثلث من دية المسلم، وهذا مذهب الشافعية.

القول الثالث: أن دية الذمي مثل دية المسلم، وهذا مذهب الحنفية.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

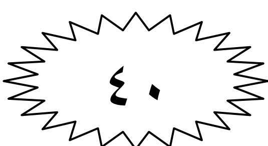
ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «دية الكافر على النصف من دية المسلم».

أدلة أصحاب القول الثاني:

ما روي عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه: جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم.

أي: ٤٠٠٠ آلاف درهم تساوي ثلث دية المسلم.

نوقش: أن هذا فعل عمر، وفعل عمر إذا لم يعارض حديث النبي ﷺ فإنه ليس بحجة، أما لو عارضه فليس بحجة من باب أولى، وهنا فعل عمر يعارض حديث ﷺ فلا يعمل به



أدلة أصحاب القول الثالث:

استدلوا بعموم قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾، فذكر الدية في الآية مطلقة في المؤمن وغيره، فلماذا نقيد دية الذمي بالنصف أو الثلث مع إنها وردت مطلقة!

نوقش: أن الإطلاق لا يُعمل به على إطلاقه؛ إذا ما وُجِدَ ما يقيده، فهذا الإطلاق مقيد بحديث عمرو بن شعيب.

تم ولله الحمد